Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

die Frage über den materiellen Inhalt des Urtheils, wobei Nullitäten die Rechtskraft des Urtheils hindern können, oder wo daſſelbe Urtheil zugleich über die Colliſion der Landesgeſetze mit entſchieden haben und durch die Rechtskraft zur Gültigkeit gelangt ſeyn kann.

Den von mir a. O. S. 29. ſub. b. aufgeſtellten Satz: daß der Richter, wenn die dabei betheiligte Partei die Anwendung der ihr günſtigen ausländiſchen Geſetze, wofür die Thatſachen vorliegen, nicht beantragt hat, befugt ſey, Amtswegen darauf Rückſicht zu nehmen, will ich hiermit dahin erweitern: daß der Richter dazu auch verbunden ſey, wie Wächter S. 316 richtig bemerkt hat.

XIII.

Ueber die Fragen:

1) Ob eine Realklage gegen den bloßen Störer des Realrechts, der die Sache nicht, oder nicht als ſeine eigne beſitzt, Statt finde?

und

2) Ob der bloße Pachter über Realrechte des Pachtgutes oder an dem Pachtgute mit einem Dritten zu ſtreiten befugt ſey?

Von

Ober-Appellationsrath **Dr. Kori** in Dresden.

Ueber beide von jeher ſtreitige Fragen findet ſich eine Abhandlung in den Berichtigungen und Zuſätzen zu den Inſtitutionen des Römiſchen Rechts als Anhang zu Höpfner's Commentar, Leipzig 1801, Seite 103—134, welche den verſtorbenen Profeſſor Hübner in Leipzig zum Verfaſſer hat.

Dieſer vertheidigt den Satz: daß dingliche Klagen die Eigenheit der Realrechte zum Gegenſtande haben, und nicht gegen den bloßen Störer, auch nicht gegen jeden Beſitzer zuſtändig ſind. Obwohl dieſe Abhandlung mit großem Scharfſinn und Umſicht ausgearbeitet iſt, ſo ſind doch darin, ſowie in andern Schriften, über dieſe Materie die Gründe für und wider nicht vollſtändig aufgenommen, auch einige damit verwandte Fragen unberührt gelaſſen, zu deren näherer Erörterung gegenwärtiger Aufſatz dienen ſoll.

Die erſte Frage habe ich zwar bereits in meinem und des Herrn Geheimen Raths von Langenn Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen, 2. Ausgabe, Dresden und Leipzig 1836, Th. I., Erörter. XXXI. verneinend beantwortet, allein im jetzigen Aufſatze, der ohnehin einem andern Publikum vorgelegt wird, iſt der Gegenſtand ausführlicher, mit Widerlegung neuerer dagegen aufgeſtellter Anſichten dargeſtellt.

Zur erſten Frage:

Wenn im Römiſchen Rechte die **rei vindicatio** und **actio Publiciana** überhaupt gegen den Beſitzer der Sache gegeben werden, ſo iſt dadurch noch nicht ausgeſchloſſen: daß es ein ſolcher Beſitzer ſeyn müſſe, der dem Kläger das libellirte Civil- oder Prätoriſche Eigenthum ſtreitig macht. Denn für den Beſitzer einer körperlichen Sache ſtreitet die Präſumtion des Eigenthums, und da die Anſtellung der Eigenthumsklage wider ihn von ſelbſt vorausſetzt: er weigere ſich der Herausgabe der Sache, ſo bleibt allerdings von Anfang des Prozeſſes an, die Eigenthumsfrage zwiſchen beiden Parteien ſolange ſtreitig, bis Beklagter auf die Klage geantwortet hat. Stellt er aber nun die Behauptung auf, die Sache nicht als ſeine eigene, ſondern im Namen eines Andern zu beſitzen (**nominatio auctoris**), ſo wird zuvörderſt auf Erörterung dieſes Anführens eingegangen, und, wenn ſich die Wahrheit deſſelben beſtätigt, von nun an der Beklagte von

der erhobenen Realklage freigelaſſen [1]). Nur wenn er dieſe Einrede nicht vorſchützt, bleibt zwiſchen ihm und dem Kläger die Eigenthumsfrage ſtreitig, und es ſpricht für ihn, als Beſitzer, auch ferner die Präſumtion des Eigenthums, bis Kläger ſein Eigenthum an der Sache erwieſen hat. Hieraus iſt klar, daß die Eigenthumsklagen nicht gegen jeden Beſitzer der Sache geltend gemacht werden können, insbeſondere nicht gegen Depoſitar, Commodatar, Mandatar oder Pachter, dafern ſie nominationem auctoris als Einrede entgegenſetzen. Dieſer Satz wird nicht widerlegt durch Leg. 9. ff. de rei vindicatione (6, 1.) wo Ulpian ſagt:

> Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi, rem meam esse, necesse habebit possessor restituere qui non objecit aliquam exceptionem.

Denn eine ſolche, die Klage aufhebende, exceptio iſt eben die in der neueren Leg. 2. Cod. ubi in rem actio dem Beklagten gewährte nominatio auctoris, als wodurch von ſelbſt die Schlußworte der angeführten L. 9. ff. de rei vindicat.

> „Puto autem, ob omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem“

---

1) L. 2. Cod. ubi in rem actio (3, 19.) Cap. 5. X. ut lite non contestata (2, 6.) a verbis: „Si reus lite non contestata etc. Brunnemann Commentar ad Leg. 9. ff. de rei vindicat. Hübner a. O. S. 118. Glück, Erläuter. der Pandecten §. 586. S. 192. Thibaut Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Jena 1798. Bd. II. S. 43. Viele Particulargeſetze haben dieſe nominationem auctoris beſtätigt und das Verfahren darüber ſicher bezeichnet. Vergl. von Langenn und Kori Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen. Th. I. Erörter. XIII. S. 117. Note 1. Preußiſches allgemeines Landrecht. Th. I. Tit. VII. § 164. 165. 174. und Gerichtsordnung Th. I. Tit. VII. § 34. u. f.

in ihre engern Grenzen zurückgewiesen werden. Der nominationi auctoris steht in ihrem Erfolge gleich die litis interventio dessen, für welchen der Beklagte besitzt. Noch weniger ist der Meinung beizutreten: daß Realklagen gegen den bloßen Störer des dinglichen Rechts, der nicht einmal die Sache besitzt, zuständen. Das Gegentheil erhellet sowohl aus der angeführten L. 9. ff. de rei vindicat. wornach der Richter bei erhobener Vindicationsklage darauf sehen soll: an reus possideat? als aus folgenden Gesetzen:

> L. 25. pr. ff. de obligat et act. (44, 7.) „In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet.“
>
> L. 36. pr. ff. de rei vindicat.: „Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desiit possidere.“ [2])
>
> §. 1. Inst. de actionib. (4, 6.) „proditae actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quisquam, Titius suam affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat, nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.“

Zu Widerlegung unsers Satzes dient keineswegs L. 4. §. 5. ff. si servit. vindicetur, wonach die Confessorienklage auch gegen einen vicinum gebraucht werden kann, der nicht die ganze Servitut, sondern nur die Modalität derselben bestreitet, denn auch dieser Beklagte wird, als Eigenthumsbesitzer des dienenden Grundstücks, in Anspruch genommen. Wohl aber kann der in seinem Realrechte gestörte und im Besitz der Sache gebliebene Berechtigte, gegen den Störer, sofern dieser selbstständig handelte, andere Klagen gebrauchen, nämlich:

---

2) Vergl. L. 25. 26. 27. ff. de rei vindicat. (6, 1.)

A) wenn der nicht besitzende Störer das Recht des Klägers an der Sache und an deren Besitz gar nicht bestreitet, so reicht gegen ihn eine bloße Schadenklage aus, die oft nur einen geringfügigen Gegenstand betrifft und dann in demjenigen kürzern Verfahren erörtert wird, welches viele Landesgesetze für Streitsachen von einem gewissen geringen Betrage vorschreiben. Eine solche Schadenklage ist begründet durch den Titel der Pandecten: **ad Legem Aquiliam**, welche, außer den körperlichen Verletzungen, auch von Beschädigung oder Vernichtung fremden Eigenthums an beweglichen [3]) oder unbeweglichen [4]) Sachen handelt.

B) Wenn der Störer und Nichtbesitzer das Recht des Klägers an der Sache bestreitet,

a) ohne sich selbst ein jus in re oder ad rem oder einen Anspruch auf den Besitz der Sache beizulegen, und aa) wenn sein Widerspruch blos wörtlich war, so artet dieser in den Vorwurf eines falsi eines Betrugs, einer Lüge, aus [5]); so daß der dadurch Beleidigte wider ihn denunciren und auf Bestrafung dieser Injurie antragen kann; bb) bei thätlicher Verletzung aber tritt wider ihn eine bloße Schadenklage ein, bei welcher der Kläger zwar die behauptete und von Beklagtem verneinte Servitut an dem Grundstück eines Dritten zu erweisen hat, allein dieser Beweis begründet nicht ein Erkenntniß dahin: daß dem Grundstück des Klägers wider die Grundstücke seiner Nachbarn die Servitut wirklich zustehe, (denn letztere sind dabei nicht gehört

3) L. 2. 43. et. 48. ff. ad Leg. Aquil. (9, 2.)

4) L. 29. §. 1. L. 30. §. 3. L. 45. §. 5. L. 50. ff. eod.

5) L. 3. §. 1. et. 2. ff. stellion. (47. 20.) Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Th. III. §. 511. 512. §. 384 und 385. Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen §. 194. 198.

und nicht Partei) ſondern nur dahin: daß der Beklagte, weil er das erwieſene Recht des Klägers beeinträchtigt hat, den dadurch verurſachten Schaden zu erſetzen verbunden. Auch beſtimmt lediglich die Größe dieſes Schadens: ob die Streitſache im ordentlichen Prozeſſe oder in dem für geringfügige Gegenſtände eingeführten kürzern Verfahren zu verhandeln und ob für die nachher gegen das Erkenntniß eingewendete Appellation summa appellabilis vorhanden ſey.

b) Dafern aber ein ſolcher Störer zugleich ſelbſt einen Anſpruch an der Sache behauptet und zwar aa) ein jus in re oder ad rem, ſo reicht bei bloß wörtlicher Störung zu deren Beſeitigung die provocatio ex lege: Diffamari hin, bei thätlichen Eingriffen in den Beſitz des Klägers aber ſteht dieſem ſowohl dieſe Provocation, als auch eine Schadenklage zu. In beiden letztern Fällen, ſowie bb) wenn der Störer lediglich, daß ihm der natürliche Beſitz der Sache gebühre, behauptet, können auch bloße Beſitzmittel wider ihn gebraucht werden. Hat hingegen der Störer nicht ſelbſtſtändig gehandelt, ſondern die Beeinträchtigung lediglich für einen Andern, vermöge deſſen Auftrags, Geheiß, oder als deſſen dazu gedungener Arbeiter übernommen, ſo hat der in ſeinem Realrechte Verletzte wider ihn keine Klage, ſondern nur wider den Auctor der Störung, und es treten auch hier die Grundſätze von der nominatione auctoris ein, (vergl. Note 1.) als welche auch bei bloßen Schäden- und Beſitzklagen anwendbar ſind [6].

6) Von Langenn und Kori Erörterungen praktiſcher Rechtsfragen. 2. Ausgabe. Th. I. Erörter. XIII. Auch hat das königl. ſächſ. vormalige Appellationsgericht in den Jahren 1812 bis 1815, wie ich mich noch erinnere, eine Negatorienklage gegen einen Tag-

Zur zweiten Frage:

Aus den in Note 1. angeführten Gesetzen über **nominationem auctoris** folgt: daß sich auch der bloße Pachter eines Gutes von der wider ihn erhobenen Realklage befreien könne, wenn er sich dieser Einrede bedient.

Die bei Servituten eintretende Confessorien- und Negatorienklage ist eben auch ihrer Natur nach nicht geeignet, wider einen bloßen Pachter wirksam zu seyn, da dieser nur ein persönliches Recht an der Sache hat, welches mit Ablauf der bedungenen Pachtjahre aufhört und lediglich gegen den Verpachter geltend gemacht werden kann. Der bloße Pachter ist nicht legitimirt, auf eine wider ihn erhobene Confessorien- oder Negatorienklage, ohne besondere Vollmacht seines Verpachters, als Eigenthümers des Pachtgutes, eine wider dieses Gut behauptete Servitut, oder die Freiheit des Grundstücks Klägers von einer für das Pachtgut behaupteten Servitut zuzugestehen oder zu bestreiten oder selbst wegen einer dem Pachtgute zustehenden Servitut oder Freiheit dieses Gutes von einer Servitut als Kläger aufzutreten, und die in einem solchen Prozesse erfolgten Erkenntnisse könnten dem dabei nicht concurrirenden Eigenthümer des Pachtgutes ein Recht weder entziehen noch gewähren, als **lis inter alios judicata.**

Die Gesetze selbst bestimmen den Zweck der Confessorienklage dahin: daß der Sache des Klägers an der Sache des Beklagten eine Servitut zustehe, deren Ausübung der Beklagte gestört habe, und den Zweck der Negatorienklage dahin: daß Klägers Sache für frei von einer Servitut, deren sich Beklagter angemaßt, erklärt werde.

L. 2. ff. si servitus vindic. (8, 5.) „De servitutibus in rem actiones competunt nobis (ad exemplum earum, quae ad usum fructum pertinent) tam

löhner, welcher, dazu gedungen, auf einem fremden Grundstück einen Graben gezogen hatte, ingleichen eine Negatorienklage gegen einen gedungenen Schieferdecker, als unstatthaft, abgewiesen.

confessoria, quam negatoria, confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit negatoria domino, qui negat. §. 1. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit, servitutem enim nemo vindicare potest quam is, qui dominium in fundo vicino habet cui servitutem dicit debere.“ [7])

Beide Klagen ſtehen, außer dem Eigenthümer, nur noch demjenigen zu, welcher an der Sache, für welche eine beſondere Servitut oder die Freiheit von einer beſondern Servitut gegen einen Dritten behauptet wird, den Nießbrauch oder ein anderes jus in re hat [8]). Auf der bloßen Pachter hingegen, oder auf Dritte, die nur ein indirectes Intereſſe an der Servitut eines Andern haben, ſind in den Geſetzen dieſe Klagen nicht ausgedehnt worden [9]). Vielmehr ſagt Ulpian in L. 1. §. 3. ff. de superficieb. (43, 18.)

---

7) cf. L. 11. §. 1. ff. de Public. in rem act. (6, 2.). Glück Erläut. der Pand. §. 685. C. 1. S. 227.

8) L. 1. pr. ff. si ususfr. petatur (7, 6.) L. 16. ff. de servitutib. (8, 1.) L. 9. ff. de operis novi nunciat. (39, 1.) Glück a. O. §. 685. S. 229. 231. 235. und 239.

9) Kind, Quaest. forens. Ed. 2. Tom. III. Cap. IX. et Cap. XVIII, pag. 84 sqq. und die daſelbſt angeführten Erkenntniſſe des vormaligen Appellationsgerichts zu Dresden. Dagegen wird obige Ausdehnung für zuläſſig geachtet von Berger Oec. Juris. L. II. Tit. III. thes 22. not. 5. Leyser Spec. 109. medit. 4. Boehmer Consultat. Tom. III. P. II. decis 187. pag. 315. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts. Th. II. S. 292. Schweppe Handb. des römiſchen Privatrechts. 4. Ausg. §. 313. Curtius Handb. des im Königreich Sachſen geltenden Civilrechts. §. 1045. und 1046. Auf dieſe Autoritäten, ingleichen auf L. 10. §. 1. ff. si servitus vindicet. L. 6. §. 3. eod. und L. 1. §. 25. ff. de aqua quotidiana ſtützt ſich auch ein Erkenntniß eines königlich ſächſiſchen Mittelappellationsgerichts, welches mitgetheilt iſt in dem Leipziger Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, 4. Jahrgang. 1844. Num. 33. S. 264.. Die hierin angeführten Geſetze ſelbſt, ſind in gegenwärtiger Abhandlung beleuchtet.

Quod ait Praetor: si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, ut si ad tempus quis superficiem conduxerit, negatur ei in rem actio.

Dem Nutznießer wird die Confeſſorienklage in L. 1. pr. ff. si usufr. petatur (7, 6.) gegeben: contra vicinum wenn ihm auch dieſer den Nießbrauch nicht überhaupt ſtreitig macht, ſondern nur eine einzelne auf dem fundo fructuario zuſtehende Servitut. In Leg. 5. §. 1. eod. wird die Frage aufgeſtellt: ob der Nutznießer die Confeſſorienklage nur gegen den Proprietar der in ſeinem Nießbrauche befindlichen Sache oder auch adversus quemvis possessorem gebrauchen könne? und letzteres zwar bejaht, allein aus dem Grunde, weil der Nutznießer auf dem Grund des ihm überhaupt zuſtehenden Nießbrauchs an einem Grundſtück eine demſelben zuſtändige einzelne Servitut vindiciren könne adversus fundi vicini dominum. Dieſer Grund gibt aber deutlich an die Hand, daß der vorher erwähnte quivis possessor nur ein ſolcher ſeyn könne, welcher die Freiheit ſeines Grundſtücks von der in der Klage prätendirten Dienſtbarkeit behauptet, nicht aber ein bloßer Pachter oder anderer Beſitzer in fremdem Namen [10]). Es heißt auch in derſelben L. 5. pr. ff. si usus fr. petatur: „de suo enim, non de alieno jure, quemque agere oportet“ und in Leg. 123. fr. de regul jur „Nemo alieno nomine lege agere potest,“ worin wenigſtens ſoviel liegt, daß die römiſchen formulae actionis auf den Berechtigten ſelbſt lauteten [11]).

---

10) Wenn dagegen in L. 1. §. 1. ff, de servitutib. praedior. urbanor. (8, 2.) dem zu einer servituti oneris ferendi Berechtigten die Confeſſorienklage gegen den bloßen Ufufructuar der Gebäude verſagt, und derſelbe damit an den Proprietar der Gebäude gewieſen wird, ſo iſt der Grund hiervon: weil der Uſufructuar nicht verbunden iſt, die eingefallenen Gebäude wieder herzuſtellen, ſondern der Proprietar. Brunnemann ad h. l.

11) Glück a. O. §. 646. S. 425

Hätte ein Pachter von dem Verpachter und Eigenthümer des Gutes Auftrag erhalten, wegen der Realrechte des Gutes Klagen anzuſtellen oder als Beklagter die Freiheit des Gutes gegen die Anſprüche Dritter zu vertheidigen, ſo wird doch der Auftraggeber ſelbſt als eigentliche Prozeßpartei angeſehen, ihm ſelbſt die Leiſtung eines Haupteides aufgelegt, das Streitobject zuerkannt oder deſſen Gewährung an den Gegner auferlegt. Hätte er den Auftrag auf die Dauer der Pachtzeit beſchränkt, ſo müßte er ohnehin mit Ablauf derſelben den Prozeß ſelbſt übernehmen.

Daß die Confeſſorien- und Negatorienklage nicht bloß eine Störung der Servitut oder des Eigenthums, ſondern die Frage zum Gegenſtande haben: ob dem Kläger eine Servitut oder die Freiheit von einer Servitut zuzuſprechen ſey? geben klare Geſetze an die Hand. Nach §. 2. Inst. de actionib. (4, 6.) wird die Confeſſorienklage in allen Beiſpielen auf die Zuſtändigkeit einer gewiſſen Servitut, ſowie die Negatorienklage gegen ſolche von Beklagtem behauptete Servituten gerichtet, ſo auch nach L. 4. §. 7. ff. si servit. vindicet. (8, 5.) L. 17. eod. Ferner heißt es in L. 1. ff. eod. überhaupt: „Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt," ingleichen nach L. 2. pr. eod. ſteht die Confeſſorienklage demjenigen zu: qui servitutem sibi competere contendit, die Negatorienklage aber dem domino qui servitutem negat, mithin gegen einen Beklagten, der die Servitut für ſein Gut in Anſpruch nimmt [12]) und nach Leg. 6. §. 3. ff. eod. hat die Confeſſorienklage de onere ferendo kein Anderer, als der dominus aedificii und zwar adversus dominum, sicuti caeterarum servitutum intentio.

Dagegen meint Martin in Note 1. zu §. 468. des Schmidt'ſchen Lehrbuchs von gerichtlichen Klagen und Ein-

12) Berger Decis. 74.

reden: daß es für die Negatorienklage auf Seiten des Beklagten nicht der Behauptung einer Servitut bedürfe, vielmehr dieſe Klage ſchon gegen den bloßen Störer begründet ſey, und bezieht ſich dießfalls auf **Leg. 5. in fine ff. si ususfr. petatur.** Allein dieſe beſtimmt nur ſoviel: daß die **actio negatoria** alsdann nicht zugleich mit auf Erſtattung der Früchte gehe, wenn Kläger im Beſitze der Sache und ihrer Benützung geblieben, obwohl darin von Beklagtem geſtört worden iſt. In dieſem Fall könne Kläger nur darauf antragen: **ne inquietetur.** Dieſes Nebengeſuch der Klage ſchließt aber keineswegs aus: daß das Hauptpetitum der Negatorienklage gegen die von Beklagtem ſich angemaßte Servitut gerichtet werde, und hebt nicht die dafür oben angeführten Geſetze auf.

Es iſt noch übrig, einige andere Geſetze zu prüfen, welche mit mehr Schein gegen den von uns vertheidigten Satz: daß ſich die Servitutenklagen auf die wirklichen Eigenthümer oder auf die Servitut-Berechtigten beſchränken, angeführt zu werden pflegen. Nämlich in **L. 8. §. 5. ff. si servitus vindicet** wird dem Eigenthümer eines Grundſtücks, in welches der Rauch einer tiefer gelegenen Käſe-Räucherungs-Anſtalt eindringt, eine Verhinderungsklage gegen den Pachter dieſer Räucherungsanſtalt gewährt und dem Letztern nur das Recht zugeſprochen, auf Schadloshaltung gegen ſeinen Verpachter zu klagen. Allein, ſowie dieſe Beſtimmung ſchon an ſich als eine ſinguläre von obigen allgemein geſetzlichen Vorſchriften abweichende erſcheint, die daher auch nicht ſelbſt zur Regel erhoben werden könnte, ſo derogirt dieſer Pandectenſtelle auch offenbar die erſt durch den Coder (Note 1.) eingeführte **nominatio auctoris**, welcher ſich ein ſolcher Pachter gegen die wider ihn erhobene Verhinderungsklage bedienen kann, wie denn auch eine freiwillige Litisintervention des Verpachters, wodurch er den Prozeß zu ſeinem eignen macht, den Pachter, der doch für ſich keine Realſervitut prätendirt, noch beanſpruchen kann, davon liberiren müßte.

Hiernächſt ſcheint unſerer Theorie auch entgegen zu treten

L. 10. §. 1. ff. si servitus vindicetur. Darin wird die **actio confessoria** auf Zuſtändigkeit einer Waſſerleitung nicht bloß gegen den Beſitzer des Grundſtücks, auf welchem das Waſſer entſpringt, und gegen die Beſitzer der Grundſtücke, durch die das Waſſer geleitet wird, ſondern auch gegen alle Diejenigen geſtattet: welche den Waſſerlauf hindern, mit dem beigefügten Schlußſatze: „**exemplo caeterarum servitutum.**“ In dieſen erweiterten Gränzen wird auch das **Interdictum de aqua ducenda** zugelaſſen in **L. 1. §. 25. ff. de aqua quotidiana (43, 20.)** Gleichwohl iſt hierdurch noch nicht die Zuläſſigkeit der Confeſſorienklage gegen ſolche Störer der Waſſerleitung begründet, die ſelbſt keine Grundſtücke beſitzen. Vielmehr ſind bei Veränderung des natürlichen Waſſerlaufs durch eine Waſſerleitung alle diejenigen intereſſirt, durch deren Grundſtücke das fließende Waſſer, ſeinem natürlichen Laufe nach, ſeinen Weg genommen haben würde, wäre es nicht durch einen andern Grundbeſitzer davon abgeleitet worden. Alle dieſe Waſſernachbarn haben aber ein Recht auf Erhaltung des natürlichen Waſſerlaufs durch ihre Grundſtücke [13]), und werden, wenn ein Anderer ihnen das Waſſer ableitet, nicht ſäumen, ſolches zu hindern, wogegen aber auch, dafern die Waſſerleitung als Servitut erworben worden iſt, der Servitutberechtigte gegen ſie die Confeſſorienklage zu erheben befugt iſt, ohne mit dieſer Klage auf denjenigen Feldnachbar beſchränkt zu ſeyn, in deſſen Grundſtück das Waſſer entſpringt oder durchgeleitet wird. Daß Ulpian in der angeführten Geſetzſtelle die Confeſſorienklage nicht gegen einen bloßen Störer der Waſſerleitung, der kein Grundſtück beſitzt, dem ſie Nachtheil bringen könnte, zulaſſen wolle, ergibt ſich aus einem Satze

---

13) L. 1. §. 1. 13 18 et 22. ff. de aqua et aquae pluv. (39, 3.). L. 1. §. 2. 3. et 12. ff. de fluminib. (43. 12.) Meine Abhandlung über das Waſſerrecht im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 18. Heft 1. S. 48.

deſſelben Ulpians in L. 6. §. 3. ff. si servitus vindicetur, wo er die Confeſſorienklage de onere ferendo nur dem domino aedium adversus dominum zuſpricht, gleichfalls mit dem Zuſatze: „sicut caeterarum servitutum intentio.“ Dieß wird noch mehr beſtätigt durch Leg. 18. ff. si servitus vindicet, wonach die Familienglieder eines abweſenden Grundbeſitzers, welche deſſen Nachbar in Ausübung einer Waſſerleitung geſtört haben, wegen dieſer Störung nicht ſelbſt in Anſpruch genommen werden können, ſondern der Nachbar wird während der Abweſenheit des Beſitzers des dienenden Grundſtücks in den Beſitz deſſelben geſetzt (missione in bona).

Eine ſelbſt wider den Beſitzer der dienenden Sache erhobene Confeſſorienklage oder wider den Beſitzer angeſtellte Negatorienklage verliert dieſe ihre Eigenſchaft, wenn Beklagter in der Litisconteſtation im erſtern Fall Klägers Eigenthum an der Sache und die für ſelbige behauptete Servitut einräumt, im letztern Fall aber zugibt, daß Klägers Sache von der fraglichen Servitut frei ſey, und nur verneint: den Kläger geſtört zu haben. Dadurch nämlich geht die Klage von nun an in eine bloße Schadenklage über [14]) und der Streitgegenſtand iſt nicht mehr eine unſchätzbare Servitut, ſondern ein ſchätzbarer, nach Befinden geringfügiger Schadenbetrag.

Wäre ein bloßer Pachter mit einer Servitutenklage in Anſpruch genommen, und von ihm zugleich Erſatz der durch ſeine Störung verurſachten Schaden gefordert worden, derſelbe hätte aber nominationem auctoris unterlaſſen, ſo iſt die ausdrücklich auf ihn, als Pachter gerichtete Klage doch nicht als Realklage anzuſehen, ſollte auch Beklagter Klägers Eigenthum oder Servitut beſtreiten, oder der Negatorienklage die Einrede einer verjährten Servitut entgegenſetzen, ſondern, weil der Beklagte, als bloßer Pachter über die gegen das

14) Hommel chaps. 177.

Pachtgut zuſtehenden oder demſelben zukommenden Realrechte zu ſtreiten nicht befugt iſt, bleibt die erhobene Klage nur eine Schadenklage mit den bereits oben bei unſerer erſten Frage sub B. a. bb. bezeichneten Wirkungen.

XIV.

Zur Lehre von der Reſciſſion pflichtwidriger Schenkungen.

Von

Herrn Dr. **Theodor Breidenbach**

zu Darmſtadt.

Die Frage, inwieweit wird eine inofficiöſe Schenkung durch die querela inofficiosae donationis reſcindirt? iſt von den Gloſſatoren an bis auf die neueſte Zeit ein ſo ergiebiges Feld der Controverſe geweſen und hat ſich einer ſo großen Anzahl von Bearbeitern zu erfreuen gehabt, daß es wohl den Anſchein haben möchte, als ſey dieſe Materie erſchöpft und jeder neue Verſuch, ſie zu behandeln, könne nur eine Wiederholung längſt durchgeſprochner Gründe und Gegengründe darbieten. Das Studium der Lehre von den pflichtwidrigen Schenkungen hat mich jedoch zu der Ueberzeugung gebracht, daß dem neueren Bearbeiter immer noch manches übrig geblieben iſt, und daß, was die leitenden Grundſätze bei Beurtheilung der Controverſe und die Interpretation von mehreren beſonders wichtigen Geſetzesſtellen betrifft, die Akten noch keineswegs als geſchloſſen zu betrachten ſind. In dem Nachſtehenden ſoll daher der Verſuch gemacht werden, die Wirkung der Reſciſſionsklage aus deren Entſtehung und Stellung